



Concepto 226221 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000226221

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000226221

Fecha: 22/06/2022 09:39:06 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO- Provisión .Radicado. [20229000195592](#) de fecha 10 de Mayo 2022.

En atención a la comunicación de la referencia remitida por usted, en la que manifiesta:

"(...)

1-¿En qué falla, delito o falta puede incurrir un jefe o encargado de personal y/o de la oficina de gestión humana de una alcaldía de uno de los Municipios Priorizados para el Post Conflicto en el marco de los procesos de selección 828 a 979 y 982 a 986 realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC al no haber reportado en su momento la totalidad de los cargos que se encuentran en provisionalidad a la comisión Nacional del Servicio Civil?

2-¿Si un funcionario ocupa un cargo el cargo de jefe de personal y/o encargado de la oficina de gestión humana o cargo con funciones equivalentes, en calidad de provisionalidad no reportó su cargo para que se sometiera a concurso en el marco de los procesos de selección 828 a 979 y 982 a 986 puede considerarse que este hecho podría constituir una actuación a beneficio propio valiéndose de su posición de poder en el cargo que ostenta?

3-¿Ante que autoridad o institución debe realizarse la denuncia de casos como los descritos y planteados en los interrogantes de los numerales 1 y 2 del presente escrito?

4- ¿Debieron en su momento las alcaldías a través de sus encargados de personal y/o gestión humana o la dependencia que haga sus veces de los municipios priorizados para el Post Conflicto en el marco de los procesos de selección 828 a 979 y 982 a 986, haber reportado todos los cargos que se encontrasen ocupados por provisionales para que estos fuesen sometidos a concurso, o por el contrario estaba a su discreción, criterio y voluntad el reporte de dichos cargos?

5-¿ Los cargos no reportados pueden ser objeto de reclamo para su designación por parte de aquellas personas que queden en lista de elegibles del procesos de selección 828 a 979 y 982 a 986 una vez estas hayan sido oficialmente publicadas y conformadas?

6- En caso de que la respuesta al numeral 5 sea afirmativa, ¿qué procedimiento deben seguir quienes queden en dichas listas de elegibles para ocupar dichos cargos que estén ocupados por provisionales y que no hayan sido sometidos a concurso?

7- ¿Qué garantías existen de que las alcaldías reporten la totalidad de los cargos que se encuentren en provisionalidad para el proceso de selección actualmente en fase de planeación correspondiente a la convocatoria municipios priorizados para el postconflicto 2

(...)"

Es importante indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada por usted, se le informa que:

A su primer interrogante mediante el cual consulta: *En qué falla, delito o falta puede incurrir un jefe o encargado de personal y/o de la oficina de gestión humana de una alcaldía de uno de los Municipios Priorizados para el Post Conflicto en el marco de los procesos de selección 828 a 979 y 982 a 986 realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC al no haber reportado en su momento la totalidad de los cargos que se encuentran en provisionalidad a la comisión Nacional del Servicio Civil*

Es importante referirse a lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, que establece:

ARTÍCULO 2.2.6.34. Registro de los empleos vacantes de manera definitiva. Los jefes de personal o quienes hagan sus veces en las entidades pertenecientes a los sistemas general de carrera y específico o especial de origen legal vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberán reportar los empleos vacantes de manera definitiva, en el aplicativo Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la periodicidad y lineamientos que esta establezca.

Las entidades deben participar con la Comisión Nacional de Servicio Civil en el proceso de planeación conjunta y armónica del concurso de méritos. La convocatoria deberá ser firmada por la Comisión Nacional de Servicio Civil y por el jefe de la entidad pública respectiva.

Previo al inicio de la planeación del concurso la entidad deberá tener actualizado su manual de funciones y competencias laborales y definir los ejes temáticos.

En la asignación de las cuotas sectoriales las dependencias encargadas del manejo del presupuesto en los entes territoriales deberán apropiar el monto de los recursos destinados para adelantar los concursos de méritos.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 110 del Estatuto Orgánico de Presupuesto - EOP y el techo del Marco de Gasto de Mediano Plazo, las entidades del nivel nacional deberán priorizar el gasto para adelantar los concursos de méritos. Igualmente, los cargos que se sometan a concurso deberán contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, de acuerdo con lo establecido en el EOP.

RESPUESTA primer interrogante

De conformidad con lo anterior, dando respuesta a su comunicación, se indica que de conformidad con la norma, los jefes de personal o quienes hagan sus veces en las entidades pertenecientes a los sistemas general de carrera y específico o especial de origen legal vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberán reportar los empleos vacantes de manera definitiva, en el aplicativo Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la periodicidad y lineamientos que esta establezca. Ahora bien, dentro de las funciones y competencias atribuidas a este Departamento Administrativo no se encuentra la de vigilar o calificar la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas, dichas funciones han sido atribuidas a los jefes de control disciplinario interno de cada entidad, a las personerías municipales y en forma preferente a la Procuraduría General de la Nación, por consiguiente, en el caso que considere que un empleado ha omitido el cumplimiento de un deber legal, podrá acudir a dichas autoridades con las pruebas que considere procedentes con el fin de que se realicen las eventuales investigaciones a que haya lugar

A su segundo interrogante mediante el cual consulta: *Si un funcionario ocupa un cargo el cargo de jefe de personal y/o encargado de la oficina de gestión humana o cargo con funciones equivalentes, en calidad de provisionalidad no reportó su cargo para que se sometiera a concurso en el marco de los procesos de selección 828 a 979 y 982 a 986 puede considerarse que este hecho podría constituir una actuación a beneficio propio valiéndose de su posición de poder en el cargo que ostenta*

Me permito manifestarle que en este orden de ideas no tenemos la facultad para pronunciarnos en materia disciplinario o penal, la entidad competente en este caso es la Procuraduría General De La Nación, el jefe de control interno disciplinario y en materia penal serán los jueces de la república los cuales en el marco de un proceso serán los que determinen la responsabilidad de los servidores públicos frente a sus acciones, actuaciones u omisiones.

A su tercer interrogante mediante el cual consulta: *Ante que autoridad o institución debe realizarse la denuncia de casos como los descritos y planteados en los interrogantes de los numerales 1 y 2 del presente escrito*

me permito manifestarle que en este orden de ideas no tenemos la facultad para pronunciarnos en materia disciplinario o penal, la entidad competente en este caso es la Procuraduría General De La Nación, el jefe de control interno disciplinario, la personería y en materia penal serán los jueces de la república los cuales en el marco de un proceso serán los que determinen la responsabilidad de los servidores públicos frente a sus acciones, actuaciones u omisiones.

A su cuarto interrogante mediante el cual consulta: *Debieron en su momento las alcaldías a través de sus encargados de personal y/o gestión humana o la dependencia que haga sus veces de los municipios priorizados para el Post Conflicto en el marco de los procesos de selección 828 a 979 y 982 a 986, haber reportado todos los cargos que se encontrasen ocupados por provisionales para que estos fuesen sometidos a concurso, o por el contrario estaba a su discreción, criterio y voluntad el reporte de dichos cargos*

Dando respuesta a su comunicación, se indica que de conformidad con la norma, los jefes de personal o quienes hagan sus veces en las entidades pertenecientes a los sistemas general de carrera y específico o especial de origen legal vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberán reportar los empleos vacantes de manera definitiva, en el aplicativo Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la periodicidad y lineamientos que esta establezca. Ahora bien, dentro de las funciones y competencias atribuidas a este Departamento Administrativo no se encuentra la de vigilar o calificar la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas, dichas funciones han sido atribuidas a los jefes de control disciplinario interno de cada entidad, a las personerías municipales y en forma preferente a la Procuraduría General de la Nación, por consiguiente, en el caso que considere que un empleado ha omitido el cumplimiento de un deber legal, podrá acudir a dichas autoridades con las pruebas que considere procedentes con el fin de que se realicen las eventuales investigaciones a que haya lugar

A su quinto interrogante mediante el cual consulta: *Los cargos no reportados pueden ser objeto de reclamo para su designación por parte de aquellas personas que queden en lista de elegibles del procesos de selección 828 a 979 y 982 a 986 una vez estas hayan sido oficialmente publicadas y conformadas*

El Decreto [1083](#) de 2015, *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*, señala:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.” Subraya nuestra

Ahora bien, este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional³, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado en Sentencia [SU 917](#) de 2010, lo siguiente:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas

justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado". En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión".

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto".

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentran en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados".

(Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, según la Corte Constitucional los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las siguientes causales:

- Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.

Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilización de lista de elegibles obtenida a través de concurso de méritos.

- Cuando existan razones específicas atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto y que ameriten una calificación insatisfactoria.

Según criterio de la Corte Constitucional en la Sentencia [SU-917](#) de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Adicionalmente, la Circular Conjunta No. [00000032](#) del 3 de agosto de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, dispuso:

"De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. [01](#) de 2008 o [04](#) de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios".

RESPUESTA a su quinto interrogante:

De conformidad con la normativa y jurisprudencia citadas, no pueden ser objeto de reclamo para su designación estos cargos por parte de aquellas personas que queden en lista de elegibles, ya que estos cargos no fueron convocados a concurso de méritos y según su manifestación, están siendo desempeñados por provisionales; en ese sentido, se tiene que solamente en el caso que el cargo de carrera administrativa se haya convocado a concurso de méritos y el empleado nombrado en provisionalidad no supere el mismo, se considera procedente el retiro del

provisional. En ese sentido, la terminación del nombramiento provisional es reglada y solo procede por acto motivado de acuerdo con la norma y en relación con las causales citadas por la Corte Constitucional.

A su sexto interrogante mediante el cual consulta: *En caso de que la respuesta al numeral 5 sea afirmativa, ¿qué procedimiento deben seguir quienes queden en dichas listas de elegibles para ocupar dichos cargos que estén ocupados por provisionales y que no hayan sido sometidos a concurso*

Como quiera que la anterior respuesta es negativa, no se dará respuesta a este interrogante por resultar excluyente.

A su séptimo interrogante mediante el cual consulta: *Qué garantías existen de que las alcaldías reporten la totalidad de los cargos que se encuentren en provisionalidad para el proceso de selección actualmente en fase de planeación correspondiente a la convocatoria municipios priorizados para el postconflicto 2*

Me permito indicarle que es una obligación de los jefes de personal de las entidades reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil los empleos de carrera en vacancia para que se surta el respectivo concurso de méritos según lo establecido en la ley 909 de 2004, por lo que es obligación de la entidad reportar los empleos, esto con el fin de ingrese el empleo a carrera administrativa y dar por terminado los nombramientos en provisionalidad.

Por otro lado, los concursos de méritos para proveer empleos de carrera administrativa convocados por la CNSC con posterioridad al 25 de mayo de 2019 no deberá incluir los empleos cuyos titulares en provisionalidad le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación; es decir que, los concursos convocados antes del 25 de mayo de 2019 es posible que hayan incluido los empleos cuyos titulares en provisionalidad tuviesen la condición de prepensionados, en razón a que la exclusión contemplada para estos servidores públicos, se efectuó a partir de la expedición de la Ley 1955 de 2019.

En caso de requerir información adicional respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, al enlace [/eva/es/gestor-normativo](#), en el que podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Michel Tatiana Rivera Rodriguez

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:07:55